



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Resolución

Número: RESOL-2020-606-APN-SCI#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Jueves 19 de Noviembre de 2020

Referencia: EX-2018-31749147- -APN-DGD#MP - COND.1688

VISTO el Expediente N° EX-2018-31749147- -APN-DGD#MP, y

CONSIDERANDO:

Que el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la denuncia efectuada, el día 3 de julio de 2018, por la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., contra las firmas MAERSK LINES ARGENTINA S.A., HAMBURG SUD y APM TERMINALS BUENOS AIRES, y su subsidiaria, la firma TERMINAL 4 S.A., ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, por la presunta comisión de conductas y prácticas restrictivas de la competencia en el Puerto de Buenos Aires, en violación a la Ley N° 27.442.

Que, preliminarmente, corresponde precisar que la denunciante se refiere a las firmas MAERSK LINES ARGENTINA S.A. y HAMBURG SUD como un mismo grupo económico.

Que, sin embargo, la concentración económica llevada adelante por ambas empresas se encontraba al momento de la denuncia siendo analizada por la referida Comisión Nacional, en el marco del Expediente N° EX-2017-32313993- -APN-DDYME#MP.

Que, concretamente, la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., denunció una supuesta conducta de abuso de posición dominante exclutorio por parte de las firmas MAERSK LINES ARGENTINA S.A., HAMBURG SUD y APM TERMINALS BUENOS AIRES, toda vez que, como consecuencia de la integración vertical analizada en el Expediente N° EX-2017-32313993- -APN-DDYME#MP, las firmas MAERSK LINES ARGENTINA S.A. y HAMBURG SUD estarían desviando y transfiriendo tráfico marítimo a su terminal integral de la firma APM TERMINALS BUENOS AIRES, con el efecto de excluir a la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., afectar el comercio exterior de carga en contenedores y al interés económico general.

Que, asimismo, la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., sostuvo que la concentración económica anteriormente citada, mediante la cual la firma MAERSK LINES ARGENTINA S.A. absorbía a la firma HAMBURG SUD, daba lugar a un aumento desproporcionado de poder de mercado en el mercado de transporte

marítimo de contenedores.

Que la firma denunciante solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar en los términos del Artículo 44 de la Ley N° 27.442, para que el grupo “MAERSK/HAMBURG SUD” mantenga los TRES (3) servicios por entonces contratados con la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A. “SAEC”, “TANGO” y “ALIANZA” y una medida cautelar innovativa, que ordene al grupo “MAERSK/HAMBURG SUD” a retrotraer el servicio “ASIA”, asignado a APM TERMINALS BUENOS AIRES, debiendo ser restituido a su situación anterior de contratación con la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., disponiendo también que la firma APM TERMINALS BUENOS AIRES se abstenga de prestar este servicio.

Que mediante la Disposición N° 85 de fecha 27 de agosto de 2018 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, se ordenó conferir el traslado previsto en el Artículo 38 de la Ley N° 27.442 a las firmas MAERSK LINES ARGENTINA S.A., HAMBURG SUD y APM TERMINALS BUENOS AIRES, por considerar que podrían estar realizando conductas anticompetitivas, específicamente en los términos de los Artículos 1° y 3° inciso d) del mismo cuerpo legal, como consecuencia de la integración vertical llevada adelante.

Que, no obstante ello, el día 29 de agosto de 2018, la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., informó a la citada Comisión Nacional, que logró, a instancias del ex MINISTERIO DE TRABAJO y la Autoridad Portuaria, llegar a un acuerdo con el grupo “MAERSK/HAMBURG SUD”, quien se comprometió a mantener en la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., el servicio “SAEC”, y por lo tanto decidió desistir de la denuncia, solicitando el archivo de la presente investigación.

Que, el grupo MAERSK/HAMBURG SUD con fecha 24 de septiembre de 2018 presentó sus explicaciones en tiempo y forma.

Que, el día 25 de septiembre de 2018, la firma TERMINAL 4 S.A., brindó sus explicaciones en tiempo y forma.

Que, en fecha 4 de abril de 2020, la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., realizó una presentación en la cual informó que las firmas MAERSK LINES ARGENTINA S.A. y HAMBURG SUD, le notificaron que a partir del día 15 de mayo de 2020, dejará de operar con ellos.

Que lo expuesto, evidencia que la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA dejaría de operar el servicio transoceánico “SAEC”, el cual representa el SETENTA Y DOS POR CIENTO (72 %) de su volumen, y lo trasladaría a la firma TERMINAL 4 S.A., subsidiaria de la firma APM TERMINALS BUENOS AIRES S.A.

Que, en la misma presentación, la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., solicitó la adopción de una medida cautelar de no innovar urgente que ordene a la firma “MAERSK/HAMBURG SUD” a mantener el servicio “SAEC”, actualmente operado por la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., absteniéndose de derivarlo a la firma TERMINAL 4 S.A.

Que, es preciso aclarar, que este es el servicio remanente que MAERSK/HAMBURG SUD había decidido mantener en la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., en el acuerdo antes referido.

Que las medidas previstas en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442 operan frente a la comisión de las conductas previstas en los capítulos I y II de dicha ley, y tienen por finalidad “evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento”.

Que así, para decretar la procedencia del remedio procesal previsto en el Artículo 44 citado, debe acreditarse

contundentemente la existencia de una grave lesión al régimen de competencia, como así también, debe acreditarse que el pronunciamiento previsto en los Artículos 43 y 55 de la Ley N° 27.442 llegue demasiado tarde y se vea afectado de forma irreparable el interés económico general.

Que cabe precisar que para que las medidas cautelares procedan, deben encontrarse reunidos DOS (2) requisitos de fundabilidad, la verosimilitud en el derecho donde bastará justificar prima facie el derecho invocado, ya que el análisis exhaustivo, profundo y definitivo de la controversia, será materia de investigación a lo largo del procedimiento administrativo previsto en la Ley N° 27.442 y el peligro en la demora o requisito necesario que demuestre que toda vez que de no aplicarse la medida en cuestión de forma inmediata, podría tornarse inoficioso o de imposible cumplimiento el pronunciamiento final.

Que, es el temor al daño inminente, el interés jurídico que hace viable la adopción de la medida, ya que la prolongación en el tiempo le crea un riesgo de cumplimiento a la resolución definitiva.

Que, respecto a las medidas cautelares solicitadas el día 3 de julio de 2018, y considerando la presentación de fecha 29 de agosto de 2018, en la que la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A. decide desistir de la denuncia oportunamente formulada y solicitando su archivo, la referida Comisión Nacional entendió que corresponde su rechazo, por resultar abstracto su tratamiento.

Que, asimismo, dicha Comisión Nacional sostuvo que no concurren los requisitos exigidos para el dictado de la medida de no innovar solicitada en los términos del Artículo 44 de la Ley N° 27.442, por lo que corresponde su rechazo, por improcedente.

Que, en base a ello, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, emitió el Dictamen de fecha 21 de abril de 2020, correspondiente a la “C.1688”, recomendando a la señora Secretaria de Comercio Interior rechazar las medidas previstas en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442, oportunamente solicitadas por la firma TERMINALES RÍO DE LA PLATA S.A., de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442.

Que con fecha 15 de mayo de 2020, la firma Terminales Río de la Plata (TRP), mediante la presentación individualizada bajo el IF-2020-32294128-APN-DR#CNDC, solicitó el desistimiento y consecuente archivo de las presentes actuaciones.

Que, en consecuencia, la mencionada Comisión Nacional emitió el Dictamen de Ratificación, de fecha 1 de octubre de 2020, correspondiente a la “COND 1688” por el cual adhiere sin observaciones al mencionado Dictamen de fecha 21 de abril de 2020.

Que la suscripta comparte los términos de los mencionados dictámenes, a los cuales cabe remitirse en honor a la brevedad considerándolos como parte integrante de la presente resolución.

Que la Dirección de Asuntos Legales de Comercio y Minería de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo establecido por los Artículos 44 y 80 de la Ley N° 27.442, el Artículo 5° del Decreto N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

LA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Recházanse las medidas cautelares solicitadas por la firma TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A., los días 3 de julio de 2018 y 4 de abril de 2020, por improcedentes, en virtud de lo estipulado en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 2º.- Considérase al Dictamen de fecha 21 de abril de 2020, y al Dictamen de Ratificación, de fecha 1 de octubre de 2020, ambos correspondientes a la “COND 1688” y emitidos por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO que, como IF-2020-27019045-APN-CNDC#MDP e IF-2020-65926616-APN-CNDC#MDP, respectivamente, forman parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 3º.- Notifíquese a las firmas interesadas.

ARTÍCULO 4º.- Comuníquese y archívese.

Digitally signed by ESPAÑOL Paula Irene
Date: 2020.11.19 14:44:00 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Paula Irene ESPAÑOL
Secretaria
Secretaría de Comercio Interior
Ministerio de Desarrollo Productivo



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Dictamen firma conjunta

Número: IF-2020-27019045-APN-CNDC#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Martes 21 de Abril de 2020

Referencia: COND. 1688 - DICTAMEN RECHAZO MEDIDAS ART. 44 LEY 27.442

SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el Expte. N° EX-2018-31749147--APN-DGD#MP, caratulado: MAERSK LINES, HAMBURG SUD GROUP Y APM TERMINALS BUENOS AIRES S/ INFRACCIÓN LEY 27.442 (C. 1688)" del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, en trámite ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. SUJETOS INTERVINIENTES

1. La denunciante es la empresa TERMINALES RÍO DE LA PLATA S.A. (en adelante, la "DENUNCIANTE" o "TRP", indistintamente), concesionaria de las terminales 1, 2 y 3 del Puerto de Buenos Aires.
2. Las denunciadas son las empresas MAERSK LINES (en adelante, "MAERSK"), HAMBURG SUD GROUP (en adelante, "HAMBURG SUD"), y APM TERMINALS BUENOS AIRES (en adelante, "APM"), empresa holding indirectamente controlada por APM TERMINALS BV, que tiene dos subsidiarias: i) TERMINAL 4 S.A. (en adelante, "TERMINAL 4"), concesionaria de la Terminal 4 en Puerto Nuevo, Buenos Aires y ii) Terminal Buenos Aires S.A, que operaba como depósito fiscal, pero que ya no está activa¹.

II. ANTECEDENTES

3. La presente causa se origina con fecha 3 de julio de 2018, cuando el Sr. Sergio Samolsky, en representación de la firma TRP, presentó una denuncia ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, "CNDC") contra las empresas MAERSK, HAMBURG SUD y APM, por la presunta comisión de conductas y prácticas restrictivas de la competencia en el Puerto de Buenos Aires, en violación a la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC").
4. Preliminarmente, corresponde precisar que la denunciante se refiere a las firmas MAERSK y HAMBURG SUD como un mismo grupo económico. Sin embargo, la concentración económica llevada adelante por ambas empresas se encontraba al momento de la denuncia siendo analizada por esta CNDC, en el EX-2017-32313993- -APN-DDYME#MP, caratulado "CONCENTRACIÓN 1562 - MAERSK A/S, MAERSK LINE A/S, COLUMBUS CONTAINER SERVICES BVBA Y DR. AUGUST OETKER KG S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 DE LA LEY 25.156"² (en adelante e indistintamente "la CONCENTRACIÓN 1562")
5. Concretamente, TRP denunció una supuesta conducta de abuso de posición dominante exclusorio por parte de las firmas denunciadas, toda vez que, como consecuencia de la integración vertical analizada en la CONCENTRACIÓN 1562, las firmas MAERSK y HAMBURG SUD estarían desviando y transfiriendo tráfico marítimo a su terminal integral, APM, con el efecto de excluir a TRP, afectar el comercio exterior de carga en contenedores y al interés económico general.
6. Sostuvo que la concentración económica, mediante la cual MAERSK absorbía a la firma HAMBURG SUD, daba lugar a un aumento

desproporcionado de poder de mercado en el mercado de transporte marítimo de contenedores.

7. Agregó que las denunciadas podrían aprovechar además su integración vertical con una de las terminales portuarias (TERMINAL 4) para extender su poder de mercado aguas abajo, excluyendo así a la competencia, como sucedería con TRP, mediante el traslado de los servicios que operaban con esta hacia TERMINAL 4.

8. Manifestó la denunciante que, una vez excluida la competencia, y a partir de su integración, el grupo MAERSK/HAMBURG SUD quedaría en una posición de privilegio para participar y ganar en una futura licitación que reformule la estructura del Puerto de Buenos Aires.

9. En el mismo sentido, indicó que las terminales portuarias dependen estrictamente de sus contratos con las líneas marítimas, y que, si esas líneas no contratan los servicios de determinada terminal portuaria, entonces ésta estará condenada a desaparecer.

10. En lo que respecta a la firma denunciante, esta sostuvo que, en septiembre de 2017, MAERSK/HAMBURG retiró uno de los cuatro buques semanales que operaban en su terminal (“SAEC”, “TANGO”, “ALIANZA” y “ASIA”), asignando este último servicio a su controlada, APM (TERMINAL 4), asegurándole así un flujo mínimo de servicios.

11. TRP alegó que, si bien comenzó el año 2018 con los tres servicios remanentes de MAERSK/HAMBURG SUD referidos precedentemente, ésta anunciaba a su controlada, APM, la transferencia de los servicios “TANGO” y “ALIANZA”, lo que finalmente motiva la presente denuncia.

12. En síntesis, denunció la existencia de una concentración económica vertical entre las dos principales líneas marítimas (MSC y MAERSK) y dos de las terminales portuarias más relevantes del mercado (TERMINAL 4 y EXOLGAN S.A., concesionaria de la terminal portuaria de Dock Sud, integrada a la línea marítima MSC), lo que habría resultado en un desvío de sus servicios a estas terminales, concentrando una participación sustancial del volumen operado en perjuicio de las terminales independientes, particularmente a TRP, a quien la han privado ya de una parte significativa de los servicios que mantenía operativos.

13. Ante este escenario, la firma denunciante solicitó a esta CNDC el dictado de una medida cautelar de no innovar en los términos del Art. 44 de la LDC, para que el grupo MAERSK/HAMBURG SUD mantenga los tres servicios por entonces contratados con TRP (“SAEC”, “TANGO” y “ALIANZA”); y una medida cautelar innovativa, que ordene al grupo MAERSK/HAMBURG SUD a retrotraer el servicio “ASIA”, asignado a APM, debiendo ser restituído a su situación anterior de contratación con TRP, disponiendo también que APM se abstenga de prestar este servicio.

14. Con fecha 27 de agosto de 2018, mediante la Disposición N.º DI-2018-41558988-APN-CNDC#MP, esta CNDC ordenó conferir el traslado previsto en el Art. 38 de la LDC a las firmas denunciadas, por considerar que podrían estar realizando conductas anticompetitivas, específicamente en los términos de los Arts. 1 y 3, incisos d), de la LDC, como consecuencia de la integración vertical llevada adelante. En este sentido, las firmas MAERSK y HAMBURG SUD estarían desviando y transfiriendo tráfico marítimo a su terminal integral, APM con el efecto de excluir a TRP, afectar el comercio exterior de carga en contenedores y el interés económico general. Por razones de economía procesal y en honor a la brevedad, damos por reproducida dicha disposición en el presente Dictamen.

15. No obstante lo referido en los párrafos que anteceden, el día 29 de agosto de 2018, TRP informó a esta CNDC que logró, a instancias del Ex Ministerio de Trabajo y la Autoridad Portuaria, llegar a un acuerdo con el grupo MAERSK/HAMBURG SUD, quien se comprometió a mantener en TRP uno de los servicios remanentes: “SAEC” (Norte de Europa), y por lo tanto decidió desistir de la denuncia, solicitando el archivo de la presente investigación.

16. Concretamente, solicitó el desistimiento y consecuente archivo de las presentes actuaciones, *“atento a que todas las cuestiones reclamadas por medio de la denuncia efectuada con fecha 3 de julio de 2018 se encuentran siendo actualmente analizadas por esta Comisión en el expediente bajo el cual está tramitando la concentración económica entre Maersk y Hamburg Sud”*.

17. En la misma línea, manifestó lo siguiente: *“no tengo ninguna objeción ni reclamo respecto del archivo del expediente, toda vez que todas las cuestiones manifestadas en la denuncia podrán ser perfectamente analizadas en el marco de la concentración económica”*.

18. Agregó que no admitir este desistimiento *“implicaría una duplicación en el trabajo que debe realizar esta comisión, que los hechos denunciados pueden ser analizados en el trámite de la concentración”*.

19. Con fecha 24 de septiembre de 2018, el grupo MAERSK/HAMBURG SUD presentó sus explicaciones en tiempo y forma. En primer término, manifestó que el desistimiento de la denuncia por parte de TRP justificaba el archivo de las presentes actuaciones y el rechazo de las cautelares oportunamente solicitadas. En paralelo, afirmó que TRP pretendía utilizar su denuncia para expulsar al GRUPO MAERSK del mercado de servicios de terminales de contenedores.

20. Indicó que MAERSK, HAMBURG SUD y TERMINAL 4 carecen de posición dominante; que el exceso de capacidad estructural existente en la industria haría que cualquier intento por aumentar los precios fracasase. Manifestó que no hubo una conducta exclusoria, sino una resolución contractual generada por TRP, quien redefinió el vínculo comercial entre las partes.

21. Con fecha 25 de septiembre de 2018, TERMINAL 4 brindó sus explicaciones en tiempo y forma y, de igual forma que MAERSK/HAMBURG SUD, solicitaron el archivo de las actuaciones a partir del desistimiento presentado por TRP y el rechazo de las medidas oportunamente requeridas. Explicó que, dado que la fecha de presentación de dicho desistimiento coincide con la del anuncio de la celebración de un nuevo contrato de servicios entre MAERSK/HAMBURG SUD y TRP, esto evidencia que la denuncia fue utilizada como una herramienta para condicionar la libertad contractual de MAERSK/HAMBURG SUD y mantenerlas en TRP, en lugar de alcanzar, eventualmente, el mismo resultado a través de la oferta de condiciones de mercado competitivas.

22. Solicitó que se la excluya del proceso, en tanto TRP no alegó ninguna conducta atribuible a TERMINAL 4, sino más bien -y, en cualquier caso-, a MAERSK/HAMBURG SUD, y que tampoco es controlada -directa o indirectamente- por MAERSK, razón por la cual no tiene capacidad alguna para dirigir sus actividades. Agregó que ni MAERSK ni HAMBURG SUD tienen posición dominante en el mercado de transporte marítimo de contenedores, ni TERMINAL 4 tiene posición dominante en el mercado de servicios de terminales de contenedores

23. Indicó que TRP pretendió utilizar la denuncia para excluir a APM del mercado de servicios de terminales de contenedores y que la participación de TERMINAL 4 en el mercado de los servicios de terminales de contenedores es relativamente baja y está condicionada a su capacidad instalada, menor que la de otras terminales (como EXOLGAN y/o TRP) y lógicamente mucho menor que el volumen total de contenedores operado en el país, por lo que no existe riesgo de exclusión a terceros competidores.

24. Sostuvo que el Puerto de Buenos Aires y su *hinterland* se encuentran bajo presión competitiva de otros puertos marítimos de la región que ofrecen ventajas logísticas, y que el hecho de que las actuales concesiones finalicen en el año 2020 sugería que los hechos denunciados no tuvieron una intención exclusoria, toda vez que no tendría sentido para MAERSK/HAMBURG SUD llevar adelante una política de ese tipo, considerando todas las variables mencionadas y con remotas posibilidades de éxito, cuando en menos de dos años todas las terminales que operan en el Puerto de Buenos Aires verán extinguido legalmente su derecho a operar en el mismo.

III. NUEVA PRESENTACION DE TRP

25. Con fecha 4 de abril de 2020, TRP informó a esta CNDC que MAERSK/HAMBURG SUD le ha notificado que, a partir del día 15 de mayo de 2020, dejará de operar con ellos. Es decir, TRP dejaría de operar el servicio transoceánico “SAEC” (Norte de Europa), el cual representa el 72% de su volumen, y lo trasladaría a TERMINAL 4.

26. Preciso que, como consecuencia de las decisiones de transferir y concentrar los servicios portuarios de sus líneas en su Terminal Integrada, controlada por ellas mismas, el volumen de operación concentrado por MAERSK/HAMBURG SUD/APM TERMINALS ha crecido sustancialmente en desmedro del volumen operado por TRP.

27. Manifestó que la conducta abusiva y exclusoria de MAERSK/HAMBURG SUD *“perjudicó primordialmente a TRP, quien se está viendo excluida del mercado, y que la menor competencia (casi la totalidad de los servicios portuarios están integrados verticalmente) ya trajo aparejado, y seguirá trayendo, consecuencias negativas para todo el comercio exterior”*.

28. Reiteró que *“existe una concentración económica vertical entre las principales líneas marítimas del mercado argentino, a su vez miembros de una alianza global, y las dos terminales portuarias más relevantes del mercado de contenedores de la Argentina que operan a mayo de 2020 el 81,2% de ese mercado”*.

29. Agregó que la supuesta exclusión de TRP es consecuencia directa del accionar de MAERSK/HAMBURG SUD y nada tiene que ver con los precios, la calidad del servicio prestado, o de las inversiones y renovaciones realizadas.

30. Manifestó, replicando lo establecido en las ‘Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclusorio’ elaboradas por esta CDNC, que *“una conducta puede ser un abuso de posición dominante si al distorsionar el proceso competitivo afecta a los consumidores en forma directa (por ejemplo generando precios altos o bienes o servicios de mala calidad) o en forma indirecta (por ejemplo reduciendo la intensidad de la competencia actual o potencial, atenuando la innovación)”*.

31. Concretamente, denunció un supuesto abuso exclusorio en los términos del Art. 5 de la LDC, en tanto las conductas que éstas llevarían a cabo *“conllevan a la realización de conductas que eliminan o debilitan sustancialmente la competencia por parte de competidores existentes (en el caso, TRP) o que erigen o fuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, eliminando o debilitando a la competencia potencial”*.

32. En el mismo escrito, TRP solicitó la adopción de una medida cautelar de no innovar urgente que ordene a MAERSK/HAMBURG SUD a

mantener el servicio “SAEC” (Norte de Europa) actualmente operado en TRP, absteniéndose de derivarlo a la TERMINAL 4. Es preciso aclarar que este es el servicio remanente que MAERSK/HAMBURG SUD había decidido mantener en TRP en el acuerdo del 2018 antes referido.

33. Requirió que esta medida se ordene atendiendo a las condiciones comerciales vigentes a la fecha de esta presentación, y de acuerdo las cuales TRP mantiene su relación comercial con MAERSK/HAMBURG SUD.

34. Idéntica medida preventiva se había solicitado en el escrito de denuncia respecto del mantenimiento de los servicios “SAEC”, “TANGO” y “ALIANZA”, previo al acuerdo y posterior desistimiento.

35. Preciso que TRP desistió oportunamente de la denuncia, *“sin perjuicio del entendimiento de que cualquier desvío o conducta violatoria de la competencia sería objeto de análisis de los expedientes existentes ante la CNDC que se encontraba analizando tanto la situación del mercado portuario, como la concentración MAERSK HAMBURG/SUD”*.

IV. ANALISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS POR TRP

36. Corresponde en esta instancia expedirse, acerca de la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por TRP en su escrito inicial de denuncia, y en la posterior presentación de fecha 4 de abril de 2020, en los términos del Art. 44 de LDC.

37. Las medidas previstas en el Art. 44 operan frente a la comisión de las conductas previstas en los capítulos I y II de la LDC, y tienen por finalidad *“evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento”*.

38. Así, para decretar la procedencia del remedio procesal previsto en el Art. 44 de la LDC, debe acreditarse contundentemente la existencia de una grave lesión al régimen de competencia, como así también, debe acreditarse que el pronunciamiento previsto en los artículos 43 y 55 de la LDC llegue demasiado tarde y se vea afectado de forma irreparable el interés económico general.

39. En estos casos, y de acuerdo a lo previsto por el legislador, la Autoridad de Aplicación *“podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos”*.

40. En primer término, cabe analizar brevemente lo solicitado en el escrito de denuncia de fecha 3 de julio de 2018, en el que TRP requirió a esta CNDC el dictado de una medida cautelar de no innovar y una medida cautelar innovativa las cuales fueron resumidas en el Apartado II del presente dictamen.

41. Al respecto, y considerando la presentación de fecha 29 de agosto de 2018 en la que TRP decide desistir de la denuncia oportunamente formulada con fecha 3 de julio de 2018 solicitando su archivo, esta CNDC entiende que corresponde su rechazo, por resultar abstracto su tratamiento.

42. En segundo lugar, y atendiendo a lo solicitado en su última presentación de fecha 4 de abril de 2020, TRP solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar urgente, en los siguientes términos: *“se solicita que se ordene a Maersk/Hamburg Sud que mantenga el servicio de “Norte de Europa” “SAEC” (denominado SAMBA) actualmente operando en TRP, absteniéndose de derivarlo a su propia Terminal Integrada. Se solicita que la medida se ordene con arreglo a las condiciones comerciales vigentes a la fecha de esta presentación y de acuerdo a las cuales TRP mantiene su vinculación comercial con Maersk/Hamburg Sud”*.

43. Preliminarmente, cabe precisar que para que las medidas cautelares procedan, deben encontrarse reunidos dos requisitos de fundabilidad: a) la verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris* (humo de buen derecho), donde bastará justificar prima facie el derecho invocado, ya que el análisis exhaustivo, profundo y definitivo de la controversia, será materia de investigación a lo largo del procedimiento administrativo previsto en la LDC; y b) el peligro en la demora o *periculum in mora*-, requisito necesario que demuestre que toda vez que de no aplicarse la medida en cuestión de forma inmediata, podría tornarse inoficioso o de imposible cumplimiento el pronunciamiento final. Es el temor al daño inminente, el interés jurídico que hace viable la adopción de la medida, ya que la prolongación en el tiempo le crea un riesgo de cumplimiento a la resolución definitiva.

44. En primer lugar corresponde entonces adentrarse al análisis del primer requisito mencionado, la verosimilitud en el derecho invocado.

45. En esta instancia, es pertinente remitirse nuevamente al escrito mediante el cual TRP decide desistir de la denuncia y solicita su archivo, en tanto afirma que no existe *“ninguna objeción ni reclamo respecto del archivo del expediente, toda vez que todas las cuestiones manifestadas en la denuncia podrán ser perfectamente analizadas en el marco de la concentración económica”*.

46. En consonancia con lo antedicho, cabe entonces ceñirse al análisis realizado por esta CNDC en la CONCENTRACIÓN 1562 donde se recomendó al entonces Señor Secretario de Comercio Interior autorizar la operación de concentración entre MAERSK y HAMBURG SUD.
47. En este sentido, y tal como se desprende de tal análisis, con respecto a los efectos horizontales en el transporte marítimo de contenedores entre MAERSK y HAMBURG SUD, esta CNDC concluyó que *“las barreras a la entrada para las empresas navieras son moderadas, por lo que puede concluirse que la operación no tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general.”*
48. En cuanto a los efectos verticales, esta CNDC tampoco encontró un posible “cierre de mercado” en el mercado conexo de terminales portuarias como consecuencia de la operación de concentración mencionada.
49. En este sentido, esta CNDC analizó pormenorizadamente las participaciones de mercado, la cantidad de buques, tanto de las empresas notificantes como de las restantes empresas del mercado y la posibilidad de traslado de los mismos a las diferentes terminales portuarias existentes al momento.
50. Luego de este análisis, este organismo técnico concluyó que la operación traída a análisis no tenía potencialidad suficiente para afectar la competencia.
51. Cabe aclarar que esto no quiere decir que las firmas concentradas no puedan llevar adelante prácticas anticompetitivas. Pero la autorización de la concentración económica sí tomó en cuenta que las firmas podrían redirigir sus barcos a otros puertos y esto, en principio, no afectaría la competencia.
52. Es decir, la Autoridad de Aplicación de la Ley Nro. 27.442 le asignó un derecho a concentrarse a las firmas notificantes, y ese derecho se encuentra vigente con todo lo que ello conlleva y se pudo prever oportunamente.
53. Ahora bien, la medida solicitada por la firma TRP, resulta tener para lo que respecta a sus intereses, una identidad con la pretensión final resultante de la denuncia.
54. Cabe traer a colación en esta instancia lo manifestado por la propia parte denunciante al momento del desistimiento de la denuncia: *“no tengo ninguna objeción ni reclamo respecto del archivo del expediente, toda vez que todas las cuestiones manifestadas en la denuncia podrán ser perfectamente analizadas en el marco de la concentración económica”*.
55. La propia denunciante le asignó entidad suficiente a lo decidido por la Autoridad de Aplicación de la Ley Nro. 27.442 en materia de la CONCENTRACIÓN 1562.
56. Por lo tanto, resulta necesario realizar una ponderación de los derechos que están en juego en la presente etapa del procedimiento. Por un lado, el presunto derecho de las firmas denunciadas a contratar libremente y disponer libremente de sus derechos de propiedad, así como su derecho a integrar verticalmente ciertas etapas sucesivas de la comercialización.
57. Por otro lado, el presunto derecho de la empresa denunciante a no ser excluida del mercado mediante una negativa a contratar de parte de las firmas navieras.
58. En este sentido, la Corte Suprema ha afirmado que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, pues su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales requeridos de protección³.
59. En las presentes actuaciones, resulta imprescindible demostrar la existencia de una ilegalidad manifiesta y notoria de parte de las firmas denunciadas, lo que se traduce en una fuerte probabilidad de que el derecho en que se funda la denuncia sea atendible.
60. Este requisito no se cumple en principio, puesto que existe en cabeza de las firmas denunciadas una autorización vigente de parte de la Autoridad de Aplicación de la LDC, la cual tuvo en consideración la posibilidad de modificar los contratos vigentes al momento de la notificación o de modificar los puertos de llegada sus propios buques.
61. En este sentido, los requisitos de admisibilidad de la medida cautelar solicitada, conforme surge de las constancias que se desprenden del expediente de marras y de lo manifestado oportunamente por la parte denunciante al momento del desistimiento de la acción, no se verifica la concurrencia del recaudo de verosimilitud en el derecho, tal cual exige el instituto jurídico en cuestión.
62. En efecto, y tal como se desprende de los argumentos expuestos en los párrafos que anteceden, se advierte en el caso de marras, en principio,

un ejercicio normal de la actividad comercial propia del mercado portuario tal como fuera previsto oportunamente al analizar la CONCENTRACIÓN 1562, así como, en principio, también se advierte el ejercicio del derecho de integrar verticalmente etapas sucesivas de la comercialización.

63. Sería irrazonable, en esta altura del proceso, y sin la producción de prueba suficiente, contradecir lo resuelto en la CONCENTRACIÓN 1562 y modificar los derechos asignados.

64. Paralelamente, y si bien podrían ser entendidos como presupuestos autónomos, descartado el requisito de verosimilitud en el derecho invocado, es dable inferir que adentrarse en el análisis del peligro en la demora resulta sobreabundante.

65. No obstante ello, tampoco se advierte peligro en la demora, en tanto la LDC protege el interés económico general y no intereses que pudieran tener los particulares. Por tanto, cualquier modificación en los volúmenes de contenedores operados por TRP constituiría, antes que un problema de competencia, una manifestación de la existencia de la misma.

66. El requerimiento por parte de TRP de forzar el mantenimiento del servicio “SAEC” implicaría, tal como se ha dicho, afectar el derecho a ejercer el comercio libremente por parte de las DENUNCIADAS.

67. De hecho, no es menor advertir el hecho de que TRP haya acordado con MAERSK/HAMBURG SUD asegurarse el mantenimiento del servicio “SAEC”, también impidió en alguna medida que otras terminales portuarias puedan ofrecer mejores condiciones para obtener ese servicio.

68. En conclusión, no basta el simple temor manifestado por TRP al solicitar la medida precautoria, sino que el citado peligro debe derivar de hechos apreciables objetivamente, que en este caso parecería no existir.

69. La sumatoria de estos defectos imponen que no concurren en la especie los requisitos exigidos para el dictado de la medida de no innovar solicitada en los términos del Art. 44 de la LDC, por lo que corresponde su rechazo, por improcedente.

V. CONCLUSION

70. En virtud de lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, rechazar las medidas previstas en el Art. 44 de la LDC oportunamente solicitadas por TERMINALES RÍO DE LA PLATA S.A., de conformidad con lo dispuesto en el Art. 44° de la Ley N° 27.442.

71. Elévese el presente Dictamen a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, para su conocimiento.

¹ El espacio de Terminal Buenos Aires S.A. se utiliza actualmente para llevar a cabo operaciones de Terminal 4, según los acuerdos con la autoridad portuaria y otras terminales.

² Con fecha 25 de noviembre de 2019 esta CNDC autorizó la operación de concentración económica notificada consistente en la adquisición del CIENTO POR CIENTO (100 %) de las acciones de la firma HAMBURG SUDAMERIKANISCHE DAMPFSSCHIFFFAHRTS-GESELLSCHAFT KG por parte de la firma MAERSK LINE A/S, de conformidad con lo previsto en el Art. 13 de la Ley N° 25.156.

³ CSJN, 6-XII-11, Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.04.21 10:28:44 -03:00

María Fernanda Vicens
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.04.21 17:28:29 -03:00

Rodrigo LUCHINSKY
Presidente
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Dictamen firma conjunta

Número: IF-2020-65926616-APN-CNDC#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Jueves 1 de Octubre de 2020

Referencia: COND. 1688 - DICTAMEN RATIFICACIÓN

SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

Elevamos para su consideración el presente dictamen complementario referido a las actuaciones caratuladas “MAERSK LINES, HAMBURG SUD GROUP Y APM TERMINALS BUENOS AIRES S/ INFRACCIÓN LEY 27.442 (C. 1688)” que tramitan bajo el Expediente EX-2018-31749147--APN-DGD#MP del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCION,

I. ANTECEDENTES

1. El día 21 de abril de 2020, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante “CNDC”) emitió el Dictamen IF-2020-27019045-APN-CNDC#MDP.
2. A continuación, luce agregado un proyecto de Resolución (IF-2020-42092463-APN-DGD#MPYT), conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27.442.
3. Cabe precisar que con fecha 15 de mayo de 2020, la firma Terminales Río de la Plata (TRP), mediante la presentación individualizada bajo el IF-2020-32294128-APN-DR#CNDC, solicitó el desistimiento y consecuente archivo de las presentes actuaciones.
4. Posteriormente, el día 17 de julio de 2020, el Subsecretario de Políticas para el Mercado Interno, de conformidad con las competencias establecidas por el Decreto N° 50/19 de: “asistir al Secretario en la supervisión del accionar de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA hasta tanto se constituya la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA, creada por el artículo 18 de la Ley N° 27.442”, remitió las presentes actuaciones mediante providencia PV 2020-45894854-APN-SSPMI#MDP, señalando que “... dado que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA posee actualmente una nueva composición de sus miembros, se remiten las actuaciones de la referencia para su tratamiento por la totalidad de los nuevos integrantes de la mentada Comisión”.

II. ANÁLISIS

5. Conforme a lo ordenado por el Subsecretario de Políticas para el Mercado Interno y habiendo analizado de forma completa el dictamen emitido, agregado como IF-2020-27019045-APN-CNDC#MDP, esta CNDC con su actual composición no advierte observaciones que formular al mismo, dándolo por reproducido en honor a la brevedad.

III. CONCLUSIONES

Por los argumentos señalados precedentemente, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO rechazar las medidas previstas en el Art. 44 de la LDC, oportunamente solicitadas por TERMINALES RÍO DE LA PLATA S.A., de conformidad con lo dispuesto en el Art. 44° de la Ley N° 27.442.

Elévense estas actuaciones para la continuación de su trámite.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.22 07:45:25 -03:00

Guillermo Marcelo Perez Vacchini
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.24 10:27:40 -03:00

Balbina Maria Griffa Diaz
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.29 13:03:07 -03:00

Pablo Lepere
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.10.01 10:23:08 -03:00

Rodrigo Luchinsky
Presidente
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia